

IESVS, MARIA, IOSEPH.

EN LA FIRMA QVE SVPLICAN PEDRO, Y IOSEPH DE AGVERRI.



LAS posiciones de esta Firma, contienen: Que los firmantes se obligaron a favor de Iuan Antonio Groso en quatro Comandas, en la cantidad de 56.mil 792.lib. 8.suel. Y que el dicho Groso, mediante Contracarta: con atendencia, que Pedro de Aguerri firmante le avia vendido cinco libranças de Cruzada por precio de 44.mil 905.lib. 8.suel. a pagar en diferentes terminos, y plazos; y que para su seguridad se avian otorgado dichas Comandas: Reconociò, y confessò, que no se valdria de aquellas, ni de la otra dellas, sino en caso que las personas a quien tocava pagar dichas libranças no se las pagassen en los terminos, y plaços en aquellas contenidos, ò quatro meses despues de caìdos; sin necessitar de hazer contra ellas intima, requesta, ni diligencia alguna de justicia: y que en dicho caso se avia de poder valer de dichas Comandas para cobrar de los obligados en ellas, la cantidad del plaço, ò plaços que huvieren caìdo de dichas libranças; *junta-*

tamente con las costas, y daños que por ello tuviere, y se huvieren hecho.

Que el dicho Antonio Groso cobrò realmente, y cō efecto las cantidades cōtenidas en dichas librancas; como resulta de la firma que tienen obtenida los firmantes en virtud de dicha solucion, y paga, inhibiendo no pueda valerse de dichas Comandas para cobrar dicha cantidad, y que assi no ha llegado, ni puede llegar el caso, de valerse de dichas Comandas; y que por el consiguiente no ha tenido, ni tiene drecho, ni accion alguna para pidir en virtud dellas algunos daños que pretende aver tenido en la dilacion, y cobrança de dichas librancas.

Que demas de lo dicho, tampoco puede valerse de dichas Comandas, para pidir los daños que pretende, en processos executivos, y privilegiados, que requieren deuda liquida, y caso manifiesto, sin liquidarlos primero, citando a los firmantes, y procediendo segū Fuero.

Y la inhibicion contiene: Que so color de pretender el dicho Groso aver tenido algunos daños en la cobrança de dichas librancas, sin liquidar aquellos, citando a los firmantes, y procediendo segun Fuero, no proceda en fuerça de dichas Comandas a capcion de los obligados, ni a executar, inventariar, aprehender, ni amparar sus bienes muebles, ni sitios, &c.

En dos excepciones instrumentales se funda esta Firma: La vna es de non iure agentis, vel quod sine actione agit: La otra de debito iliquido (dado sin perjuizio que aya deuda) que resultan de las posiciones, y Contra carta. La primera es pereptoria, & impedit litis ingressum, *Port.* §. *firma n.*153. & 155. *Sesse de inhibit. c.* 5. §. 1. *n.*15. & 16. ibi: *Idē erit in quacumq; exceptione peremp-*

toria,per quam concluditur, parti agenti ius aliquod non competere. Y en fuerça della ſe dà firma,impidiendo abſolutè el ingreſo de la lite , *Seſſe vbi proxime nu.* 19. & 21. *Port.d.§.firma num.*158.ibi: *Nona conclusio ſit,quotiens firmam concludenter probat,actori actionem ad agẽdum non competere,firma concedi poteſt,per quam actori litis ingreſum prohibeatur.* Idem tenet *Seſſe d.cap.*5.§.21 *num.*5.

Que competa eſta excepcion a los firmantes, parece ſe prueba claramente con eſta inſtancia: Eſtas Comandas ſe otorgaron ſub conditione,para en caſo que Iuan Antonio Groſo no cobraſſe las librãças en ſus plaços; como reſulta de la Contracarta que es parte de las Comandas, *Bard.in For.vni.de monit.* & *citat.num.*9. *Suelv.conſ.*9.*nu.*9.*tom.*3. La condicion faltò, porque no llegò el caſo, por averlas cobrado; como ſe prueba de las partidas de ſus libros , de que ſe haze fè, que por tener fuerça de apoca inſtrumental ex *Port.§.Iudex n.*116.& *§.mercator nu.*8.*Seſſe deciſ.*327.*nu.*2.*Giurb.deciſ.*88.*nu.*3. *Suelv.conſ.*32.*num.*21. *tom.*2. ſe concediò firma de excepcion de paga en fuerça dellas : Luego la obligacion de las Comandas quedò extincta, y Antonio Groſo ſin drecho alguno para poderſe valer dellas; porque el defecto de la condicion haze ceſſar la obligacion,y la reduce a nada,*l.cadere diem,ff.de verb.ſign. l.ſi quis fundum,ff.de contr. emp. l.ex facto, ff. de hæred. inſtit. Afflict.deciſ.*355.*nu.*4.*Surd.conſ.*91.*n.*11. & 156. *nu.*17.*Seſſe deciſ.*31.*num.*30.*Bard.in For.vni.tit.de cit.* & *monit.nu.*5.

Ni obſta dezir , que aunque no ſe pueda valer de las Comandas para cobrar la cantidad principal,puede para cobrar los daños,pues a lo vno,y otro ſe obligaron

 los

los Firmantes, y en la Contracarta se reserva facultad no solo de cobrar la cantidad principal, sino tambien las costas, y daños.

Porque se responde: Lo primero, que la obligacion de pagar los daños, es accessoria, y dependiente de la principal obligacion, *Mol. verb. Executio sententiæ, fol. 129. col. 1. in fin. & fol. 130. col. 4. in prin.* ibi: *Quia dicta condemnatio expensarum erat sequela prioris sententiæ, & de executione illius. Idem ait, fol. 135. col. 1. vers. Die 7. Sep. Suelv. cons. 1. nu. 5. to. 3.* Y estando como està extincta la principal obligacion con la paga, lo ha de estar tambien la accessoria; ex vulgata *reg. accessorium de reg. iur. in 6.*

Lo segundo, que estando subrogada, y siendo vna misma la cantidad de las Comandas que la contenida en las librranças, como se reconoce en la Contracarta aviendose cobrado estas, es verdadero dezir que estàn pagadas las Comãdas, y estando pagadas, demas que no puede valerse dellas Groso, incurriria en la pena del *Fuero tit. de la execucion priuilegiada de la carta de Encomienda*, ibi: *Con esto empero, q̃ el q̃ pidiere execucion, y executare carta de Encomienda pagada, aya de ser, y sea condenado en el interesse, y expensas dobladas.*

Lo tercero, que appellatione damnorum solo se cõprehenden los que se tienen en la prosecucion de la lite, y por causa de ella, *l. eum quem 79. de iuditijs ibi viatica litisque sumptibus, l. non ignoret 4. C. de fruct. & lit. expens. Thesau. decis. 67. num. 2. & 5. Fontan. decis. 97. num. 9. Gratian. discep. 833. num. 5. Peguer. in praxi rub. 30. tit. de lit. expens. & illarum taxat. num. 27. Menoch. de arbitr. cas. 154. num. 2. D. R. Sesse de inhib. cap. 2. §. 2. nu. 20.* ibi: *Et tunc appellatione interesse litis, venit dam-*

num

num quod quis ratione litis patitur , ita fuit determinatũ in Curia Iust. Arag. in processu Don Martini de Gurrea contra Petrum Payan.

Y los firmantes solo se obligaron a pagar los daños que por causa de la lite tuviesse Groso, y no otros, como resulta de las Comandas, ibi : *Y si por cobrar de nosotros, y nuestros bienes dicha Comanda, y deposito, costas algunas os convendrà hazer, daños, interesses, y menoscabos sustener, &c.* y con relacion a esta obligacion, se reserva en la Contracarta Groso facultad de poderse valer de dichas Comandas en su caso para cobrar la cantidad principal, ò parte, *juntamente con las costas, y daños, que por ello tuviere, y se huvieren hecho.* Esto es por cobrar valiendose de dichas Comandas, si llegare el caso. Este caso no llegò, ni puede yà llegar por aver cobrado las libranças, ni puede fundar pleyto en fuerça de ellas; luego no puede pretender daños algunos.

Y dado (sin perjuizio) que la obligacion fuesse absoluta de pagar qualesquiere daños, aun en esse caso no podia Groso pidirles algunos a los firmantes; porque si pretendiere que los tuvo por aversele pagado en diferente moneda de la contenida en las libranças, imputesele que lo recibiò voluntariamente, pues aliud pro alio invito creditore solvi non potest, *l. 2. §. mutui datio, ff. si cert. pet. l. eum à quo cum seq. C. de solut. Gutier. de iur. confir. cap. 29. nu. 1.* & si eo volente fit extinguitur obligatio, *Surd. cons. 145. num. 14.* y si por aversele dilatado la paga? tambien se le deve imputar, pues teniendo el resguardo de las Comandas para en caso de no pagarle las libranças en sus plaços, no se valiò dellas tolerando la dilacion, y cobrando las libranças; ex quo si aliqua adfuit mora purgata fuit, facta solutione an-

te litis conteſtationem, *Cuenca ad albar.pag.24. lit. X. num.3. verſ.Vlterius*, ibi: *Sed hoc caſu eam purgare poteſt, vſque ad litis conteſtationem, ac ſi mora numquam facta fuiſſet*, & in fine, verſ.Seq. *ex Ant.Fabr.ait, omnino namque mora purgabitur, & ſibi imputare creditor debebit quod citius litem conteſtatus non fuit.*

Y la mora ſi alguna tuvieron los obligados a pagar las librанças, no ſe les puede imputar a los firmantes, pues no eſtando obligados a pagar en dia cierto, ſino en caſo incierto, ni ſe valiò Groſo de las Comandas, ni les interpelò como tenia obligacion para conſtituirlos en mora, *Marta in ſum.deciſ.lib.1. tit.mora cap.7. in prin. Cuenca vbi ſup.d.num.3. verſ.Vlterius, & verſ.Ex his*, ibi: *Purgabitur ergo quando dies non eſt ſtatuta, ſed pœna tantum, vel neque dies, neque pœna: qua quidem mora hoc caſſu oritur ex hominis interpellatione, & purgatur vſque ad litis conteſtatione vt dixi.*

Añadeſe a lo dicho, que por la dilacion de la paga no ſe puede llevar interes ſin cometer vſura, *Silveſt.in ſum.mor.verb.Vſura* 1.*nu.*25. *Navar.in man.cap.*17.*n.*110.*Covar.var.reſolut.li.*2.*cap.*3.*nu.*7. en nueſtro Reyno lo prohibe el *Fuero deſeantes de vſuris*, ibi: *A eſpera a mayor precio, vbi late Portol.§.vſura num.*81. de donde pudo nacer la practica, y eſtilo inconcuſo que ay en el Reyno de no condenar en virtud de Comandas, ni otros inſtrumẽtos debitorios en daños, ni intereſes por razon de la dilacion, ni por otra cauſa, pues no ſe avrà viſto haſta agora exemplar en contrario.

De lo dicho reſulta, que a los firmantes les compete excepcion contra Groſo, que no tiene drecho, y accion para pidirles los daños que pretende, que eſta es perẽptoria, y que en fuerça de ella ſe deve dar firma; y aunque

que podria concebirse la inhibicion impidiẽdole el ingresso de qualquiera processo, se limita dexãdole el ordinario sumario, y plenario assegurados los firmantes, que es tan fundada, y cierta su excepcion, q̃ si se les oye no puede correr riesgo su justicia.

La segunda excepcion en que se funda esta firma, consistiò, en que los daños que pretende Groso (dado sin perjuizio que tuviera algun drecho, ò accion para pidirlos) son de su naturaleza deuda iliquida, y esta no se puede pidir en processos executivos, y privilegiados que requieren deuda liquida, y caso manifiesto, como se prueba de la *Obs.pen.de pig.* que dize: *De consuetudine Regni vbi cõtrahentes non stant, vel aliquid venit liquidandum per testes, extra contenta in instrumento: licèt de debito constet per instrumentum, si petatur debet offerri petitio concludens, nec sufficit propositionem offerri.*

Explicando esta *Obser. Molin.verb.Liquidatio,* dize que no se puede proceder executive quando aliqua veniunt liquidanda per testes: *quia illud verbum Obser. petitio rectè concludens, debet intelligi, idest debet procedi via ordinaria, & debet lis contestari.* Idem tenent ipse *Molin.verb.Emparamentum, vers.Die 4. Augusti fol. 115.col.3. & verb.Manifestum, & Port.ibidem, & in §.Forus num.30. & §.firma nu.203. Bard.in Foro vni. de citat. & monit.num.4.in fine, & num.5. D.R.Sesse de inhibit.cap.2.§.3.à num.25. & 29. & cap.5.§.1.nu. 27. & §.7.num.60. & decis.130.num.3. & decis.265. num.4. Suel.cons.9.nu.4. & 5.tom.3.* Esta proposicion es tan cierta, que la tiene V. S. calificada con muchas firmas que cada dia se conceden, inhibiendo no se proceda executive en virtud de Comandas, y Censales por ser la deuda iliquida, ò por estar ofuscada.

Et

Et in viam iuris procede lo mismo; pues quando en virtud de Instrumentos guarentigios de sociedad, y tutela, pide el socio los daños, ò ganancias de la sociedad, ò el pupilo al tutor lo que recibiò de la tutela; no puede proceder via executiva antes de liquidar, y ajustar las cuentas, citando, y oyendo a la parte, *Covar. lib. 2. var. resol. cap. 11. num. 1. vers. In summa, Cancer var. resol. 3. par. cap. 15. num. 316. & 319. Parlador. lib. 2. rerũ quotid. cap. fin. 1. par. §. 12. limit. 4. à num. 27. Avend. de exequendis mand. 2. par. cap. 10. num. 31. Bovadilla in politica lib. 5. cap. 4. num. 78. Cravet. cons. 275. nu. 13. Scobar de ratiocin. cap. 21. à n. 12.* latè *Mar. Giurb. decis. 15. per totam, & n. 7. in fin.* a donde tomandolo de *Covarr.* dize: *Ubi subiungit praxim, quod scilicet summario in iudicio citetur debitor, & prius liquidetur certa debiti quãtitas, deinde probationibus hinc inde deductis fiat executio. Et ob id inquit Covar. ante summariam quantitatis difinitionem, sicque liquidationem, praeceptum de exequendo non datur, nec reus ipse, nec bona capiuntur.*

Y aunque regularmente, por ser iliquida la deuda, ò por estar ofuscada, solo se dà firma inhibiendo lo executivo: aqui estamos en terminos mas apretados, que los de la *Obser. pen. de pig.* que es el fundamento de esta excepcion; la qual tiene por iliquida, y ofuscada la deuda, *si aliquid venit liquidandum per testes, extra contenta in Instrumento licet de debito constet per Instrumentum.* Y en nuestro caso, de mas que se ha de liquidar por testigos, no consta per Instrumentum de la deuda: puesto que los daños que se pretenden, de su naturaleza, y desde su principio son, no solo iliquidos, sino inciertos, porque puede no aver daños, ò ser de calidad que no se devan, y ha de preceder sentencia declaratoria, citando,

y oyen-

y oyendo a los firmantes: Y assi procede la inhibicion no solo respecto de los processos executivos, sino tambien de los que empiezan por apellido; y no por citacion.

Para prueba desto se ha de suponer, q̃ la liquidacion se puede considerar en tres maneras: ò mira a la inclusion: ò a los adimplementos, y condiciones: ò a la cantidad de la deuda. En el primer caso està entendido, que los matrimonios, muertes, filiaciones, y perentesco que miran a la inclusion, se pueden provar por testigos en el mismo apellido del processo executivo, ò privilegiado; *For. 2. de empar. Mol. verb. Liquidatio in princ. Bard. de citat. & monit. nu. 6. §. de Foro, & vers. Secundus casus est.*

En el segundo, quando se han de liquidar los adimplementos, y condiciones, si la prueba se haze per Instrumentum, se pueden liquidar en los mismos apellidos parte non vocata, *Bard. vbi prox. num. 6. vers. Si ergo, & num. 7. Sesse de inhibit. cap. 2. §. 3. num. 23.* Si por testigos, secus procedit *Bard. dict. num. 6.* ibi: *Itaque inuit Forus quod non debet provideri executio si aliter adimplementa probarentur, Suelv. cons. 9. num. 10. & 11. tom. 3. vbi Practicos refert*, aunque no convienen en el modo de provarlos, y tambien distinguen entre los que son intrinsecos, ò extrinsecos del Instrumento: Y *Petr. Mol. pag. 102. col. 1.* refiere algunos exemplares modernos, en que en los apellidos se ha admitido el provar cõ testigos el adimplemento de aver tenido en possession al Arrendador.

En el tercer caso, quando la liquidacion que se ha de hazer por testigos mira a la deuda, y cantidad no contenida en el instrumento, vt interesse, & damna (que

es

es nueſtro caſo) ſin diſtincion convienen en que ſe ha de hazer citata , & audita parte, *Port.* hablando de intereſes, *§.Forus num.* 30. refiriendoſe a *Covaruv.* con otros que dàn la forma que ſe refiere arriba *lib.* 2. *var. cap.* 11. *num.*1. *verſ. In ſumma Seſſe de inhibition. cap.* 2. *§.*3.*num.*29.ibi : *Quæ tamen liquidatio etiam per teſtes , in iudicio ordinario illius debiti admitteretur Molin. verſ.Die* 4.*Auguſti fol.*115. *colum.*3. *&* *verb. Liquidatio*, ibi : *Debet procedi via ordinaria, & debet lis conteſtari, Bard.in d.For. de citat. & monit.verſ. Aut eſt*, dize: *Aut eſt aliter liquidandum, quia quantitas non eſt certa, vt ſi promiſſa ſunt damna, vel id quod à computatoribus declarabitur, vt in exemplo poſito per Molin.in verb. Emparamentum, verſ.Die* 4.*Auguſti, vel aliud ſimile , per quod non poteſt certùm peti niſi priùs fiat liquidatio , & iſto caſſu ex ratione tradita per Covarr. dict. cap.* 11. *quod nullo modo poteſt concedi litera executoria, niſi prius fiat liquidatio.* Y proſigue en el num. 6. circa medium. *Pro quo facit dict. determinatio Molin. verſ. Die* 4. *Auguſt. quia ibi inſtrumentum de ſe erat illiquidum , & vt repelleretur firma non admittit probationem teſtium ſcilicèt computatorum , quæ ibi fieri petebatur parte præſente , quanto fortius non debet amitti dicta probatio teſtium parte abſente.* Ha ſe de ponderar de eſta doctrina, que para repeler la firma de directo del emparamento, aun eſtando preſente la parte no ſe le admite a provar los daños , ſino que ſe remite al proceſſo ordinario; veaſe con quanta mayor razon ha de proceder lo miſmo en apellidos , a donde ni eſtà preſente la parte, ni ſe le cita, y ſe ſiguen mayores daños.

Y que los daños ſe ayan de liquidar citádo a la parte, ò dandole copia ad reſcribendum ſi eſtà preſente, lo

en-

enseña *Suelv.conf.1.num.2.* & *7.tom.3.* y señala la forma de liquidarlos *Petr. Mol. en el processo crim. de presencia in fin.pag.255.*ibi: *Item se advierte, que si alguno fuere condenado en costas, y daños, aquel en cuyo favor se huviere dado la sentencia, ha de dar su cedula de costas, y daños; y respecto de los daños, se ha de assignar a rescribir a la otra parte condenada, y dada por ella cedula de rescripcion, podràn la vna, y otra parte rescribir vsque ad faciendam vt in processu summario.* Y en esta conformidad se procediò en la Corte en el *Processo del Indio Petri,* & *Ios.Borau*, a donde no solo se citò a los condenados para la liquidacion de los daños, sino que se pronunciò dos vezes en 21.de Abril, y vno de Setiembre de 1659.que se avia de resumir la causa con los herederos de algunos que avian muerto, procediendo en todo provt in pocessu summario.

De las dotrinas referidas se prueba, que demas de ser los daños deuda iliquida, y ofuscada, para liquidarse, se les ha de citar, y oìr a los firmantes, y se ha de dar sentencia, declarando, que, y quales se devan pagar procediendo vt in processu summario; luego parece que se deven inhibir, no solo los processos executivos, sino tambien los de inventario, aprehension, y emparamiento, a donde en su provision no ay capacidad de liquidar los daños ex dictis, y porque la excepcion es instrumental, y clara, y nace ex ventri instrumenti, y en esse caso procede como se suplica, *ex D. Reg. Sesse de inhibit. cap.5.§.1. num.27.in fine,* & *num. 28.* & *§.8. num. 81.* & *82.* y tambien por los fundamentos de la primera excepcion, en particular estando limitada la inhibicion, y dexandole facultad a Groso para que pueda valerse de las Comandas en dichos processos precedien-

diendo legitima, y foral liquidacion de los daños. Con la qual tendrà liquida su deuda (caso que alguna se deva) y siendo instrumental la liquidacion, tendrà desembaraçadas las Comandas para proceder en fuerça de ellas, *ex Port. §. liquidatio num.* 3.

Ex quibus firmam concedendam esse Arbitror. Salva T.S.G.C. Zaragoça y Iunio 15. de 1663.

El Dotor Juan Baptista Gomez Raxo.